

תקציר השתלשלות תיק

חוות-הדעת המייעצת בבית-הדין הבינלאומי בנושא "מכשול קו התפר"1

I. מבוא ורקע: בית-הדין הבינלאומי

1. בית-הדין הבינלאומי הוא גוף שהוקם במסגרת האו"ם, מכוח מגילת האו"ם, בשנת 1946. הוא החליף את בית-הדין הקבוע שפעל תחת חסות ארגון חבר הלאומים. יושבים בו 15 שופטים ממדינות שונות, הנבחרים על-ידי העצרת הכללית ומועצת הביטחון של האו"ם, על בסיס גושים גיאוגרפיים, כמקובל באו"ם.

2. בית-הדין הוא גוף שיפוטי בעל תפקיד כפול: תפקידו הראשון של בית הדין הוא להכריע בתביעות של מדינות אחת נגד השנייה, בנושאים של משפט בינלאומי. בבית-הדין יכולות לתבוע ולהיתבע רק מדינות שהסכימו לכך במפורש הן מראש והן בדיעבד. נכון להיום, 60 מדינות הביעו במפורש מראש את הסכמתן לסמכות השיפוט של בית-הדין.² ארה"ב הסירה הסכמתה לסמכות שיפוט בית הדין בשנת 1986 לאחר שניקרגואה תבעה אותה בבית-הדין. עם זאת, בשנים האחרונות ארה"ב נתבעת בבית הדין, ומקבלת את הכרעותיו. גם מדינת ישראל הסירה הסכמתה לסמכות שיפוט בית הדין בשנת 1986, לכן לא ניתן לתבוע אותה בפורום זה ללא הסכמה מפורשת שלה בין במפורש, ובין בהסכם ספציפי. מ-1946 ועד היום נתן בית-הדין פסקי-דין ב-71 תביעות שהובאו בפניו.

3. תפקיד שני של בית-הדין הוא לתת חוות דעת לאורגנים של האו"ם בשאלות משפטיות המופנות אליו. זהו הליך מיוחד המשקף את תפקידו של בית הדין כאורגן השיפוטי של האו"ם.

הרכב בית-הדין

4. בית-המשפט מורכב מ-15 שופטים ממדינות שונות, הנבחרים מדי שלוש שנים לקדנציות של 3, 6 או 9 שנים, ורשאים לכהן יותר מקדנציה אחת. השופטים נבחרים לפי שיטת הייצוג הגיאוגרפי הנקוטה באו"ם, קרי, לפי קבוצות גיאוגרפיות. הבחירות האחרונות נערכו בפברואר 2003. השופטים המכהנים כיום בבית הדין הם מהמדינות הבאות: סין, מדגסקר, סירה ליאון, מצרים, ירדן, גרמניה, אנגליה, רוסיה, ברזיל, סלובקיה, יפן, ארה"ב, ונצואלה, הולנד וצרפת.

¹ מזכר זה נכתב על ידי עו"ד מירי שרון. 010704.

חוות דעת מיעצת (Advisory Opinion)

5. כאמור, הליך של חוות דעת מיעצת הוא הליך מיוחד, ורק ארגונים בינלאומיים רשאים לפנות לבית-הדין ולבקש חוות דעת כזו. ארגונים אלו כוללים שישה אורגנים של האו"ם: מועצת הביטחון, העצרת הכללית, המועצה הכלכלית-חברתית (ECOSOC), מועצת הנאמנויות (Trusteeship Council), ועדת הביניים של העצרת הכללית והועדה לבקשות לבחינה מחדש של החלטות הטרירבונל האדמיניסטרטיבי של האו"ם; וכן 16 הסוכנויות המיוחדות של האו"ם (כמו ארגון העבודה הבינלאומי, ארגון הבריאות הבינלאומי, ארגון המזון והחקלאות ועוד). הסמכות להגשת בקשה כזו קבועה בסעיף 96 של מגילת האו"ם, המעניק לעצרת הכללית ולמועצת הביטחון סמכות רחבה לפנות לבית-הדין בכל שאלה משפטית.

6. להחלטת בית-הדין הניתנת במסגרת זו אין מעמד מחייב, אלא רק מיעץ, ולגוף שביקש את חוות הדעת אין חובה לפעול על-פיה, אלא אם נקבע מראש שהחלטה תהיה מחייבת (למשל במסגרת הסכם ספציפי). ההחלטה ניתנת על בסיס עקרונות המשפט הבינלאומי, ונמסרת בדיון פתוח בהשתתפות הארגון המבקש והמדינות החברות. מאחר ומדובר בגוף המומחה לפרשנות המשפט הבינלאומי, יש להחלטת בית-הדין משקל רב הן במישור הציבורי והן כמשקף *OPINIO JURIS*.

7. מאז שנת 1946 נתן בית-הדין 24 חוות דעת מיעצות בנושאים שונים כגון: קבלת חברות חדשות לאו"ם, פיצויים בגין נזק שנגרם לעובדי האו"ם, המעמד המשפטי של נמיביה ומערב-סהרה, החלטות של טריבונלים אדמיניסטרטיביים, הוצאות בגין פעולות של האו"ם, מעמד של דווחי זכויות אדם וחוקיות השימוש בנשק גרעיני. רובן הוגשו ע"י העצרת הכללית, אולם כמה מהן הוגשו ע"י ארגון הבריאות העולמי, אונסק"ו, המועצה הכלכלית-חברתית של האו"ם והועדה לביקורת על פסקי-דין של בית-הדין האדמיניסטרטיבי של האו"ם.

II. **הבקשה לחוות דעת מבית-הדין לעניין "מכשול קו התפר"**

8. ההצעה להפנות את השאלה לבית הדין עלתה במסגרת הדיון בעצרת הכללית של האו"ם. הרקע להעלאת נושא זה בעצרת היה ניסיון של מדינות ערב לפעול במסגרת מועצת הביטחון בנושא זה – ניסיון שנכשל. מדינות ערב הגישו הצעה למועצת-הביטחון של האו"ם בה בקשו כי יקבע כי הקמת מכשול קו התפר (להלן: הגדר) הינה בלתי חוקית. ארה"ב הטילה וטו על ההחלטה מאחר והיא סברה שהיא חד צדדית. מדינות ערב פנו לפיכך לעצרת הכללית, בה חברות כל חברות האו"ם (191 מדינות) בשתי הצעות: לקבוע כי הגדר אינה חוקית או לחילופין לפנות לבית-הדין הבינלאומי ולבקש שיכריע לעניין חוקיות הגדר.

9. **ביום 21 באוקטובר 2003, בהחלטה מס' ES-10/13 קבעה העצרת כי ישראל מחויבת להפסיק את בניית הגדר**, מאחר והיא סוטה מקווי שביתת הנשק של 1949 ומהווה הפרה של המשפט הבינלאומי. ההחלטה נתקבלה ביוזמת האיחוד האירופי ובתמיכה של 144 מדינות. נוסח ההחלטה באנגלית:

² בהתאם לסעיף 36(2) לחוקת בית-הדין.

"...Demands that Israel stop and reverse the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, which is in departure of the Armistice Line of 1949 and is in contradiction to relevant provisions of international law".

10. העצרת ביקשה ממזכ"ל האו"ם לדווח לה על יישום ההחלטה בידי ישראל.
11. **ביום 28 בנובמבר 2003** דיווח המזכ"ל לעצרת בדו"ח מפורט כי ישראל אינה מקיימת את ההחלטה.
12. **ביום 8 בדצמבר 2003** קיבלה העצרת את החלטה מספר (A/RES/ES-10/14 (A/ES-10/L.16), ברוב של 90 מדינות (74 נמנעו ו-8 הצביעו נגד – ישראל, ארה"ב, אוסטרליה, אתיופיה, מיקרוניזיה, נאורו, איי מרשל, פאלאו), לבקש מבית-הדין חוות דעת משפטית בשאלה הבאה:
What are the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, as described in the report of the Secretary-General, considering the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions?"
13. **עוד באותו יום** כתב מזכ"ל האו"ם מכתב לבית הדין ובו הוא מודיע לבית הדין על החלטת העצרת לבקש חוות דעת מייצעת. המזכ"ל צירף את הדו"ח שלו מה-28 בנובמבר 2003 והתחייב להעביר את כל החומר הדרוש להחלטה בהקדם האפשרי.
14. **ב-10 בדצמבר 2003** הודיע בית-הדין בהודעה לתקשורת כי קיבל את הבקשה.
15. **ב-11 בדצמבר 2003** שלחה מדינת ישראל מכתב לבית הדין ובו מספר הערות ובקשות מקדמיות בנוגע להליך. ישראל ביקשה כי בית הדין ישקול פיצול של ההליך כך ששאלת הסמכות תידון בנפרד, ורק אם בית הדין יכריע כי יש לו סמכות לדון בנושא, יעבור לדון בסוגיה המהותית. לגישת ישראל, לבית-הדין אין סמכות לדון בנושא. כן הסבירה ישראל כי היערכות לדיון תדרוש זמן הכנה ממושך (לפחות מספר חודשים), בשל מורכבות הנושא והיקפו, וביקשה מבית הדין לקבוע מועדים בהתאם. לא נתקבלה תשובה לפניה.
16. **ביום 19 לדצמבר 2003** הודיע בית-הדין כי הוא ידון בבקשה לחו"ד וכי כל המדינות החברות באו"ם, ארגון האו"ם וכן Palestine, שיש לה מעמד משקיף באו"ם והייתה שותפה לניסוח ההחלטה, יוכלו להשתתף. כן הודיע בית הדין כי ניתן יהיה להגיש הצהרות בכתב עד תאריך ה-30 בינואר 2004 וכי הדיון בע"פ יתקיים בתאריך ה-23 בפברואר 2004. ניתן להודיע באם מדינה מתכוונת להשתתף עד ה-13 בפברואר 2004. גם לגבי ההליך בע"פ, הודיע בית הדין כי Palestine רשאית להשתתף.
17. **ב-31 בדצמבר 2003** פנתה ישראל שוב לבית-הדין והעלתה מספר טענות לגבי הצו של בית-הדין מיום 19 בדצמבר 2003. טענה ראשונה התייחסה לכותרת שניתנה לתיק, אשר משתמשת במונח "חומה" (wall), אשר אינו משקף את המצב לאשורו. טענה שנייה התייחסה ללוח הזמנים הקצר שנקבע, אשר הינו קצר באופן חריג, גם כאשר מדובר בנושא דחוף, ואשר אינו סביר לאור מורכבות הנושא.

טענה שלישית התייחסה להחלטת בית-הדין לאפשר ל"פלסטיין" להשתתף בתהליך, החלטה שעומדת בסתירה לכללים של בית הדין. ישראל גם התייחסה לכך שאחד השופטים שהשתתף בקבלת ההחלטה לוקה במשוא פנים, וציינה כי בקשה לפסול אותו תוגש בנפרד. ישראל חזרה על עמדתה כי לבית הדין אין סמכות לדון בבקשה. בית הדין לא השיב לפניה.

18. ב-15 בינואר 2004 אישר בית הדין לליגה הערבית³ להשתתף בהליך, כלומר להגיש הצהרה כתובה וכן להופיע בדיון בע"פ. ב-22 בינואר אישר בית הדין גם לארגון המדינות המוסלמיות (OIC)⁴ להשתתף בהליך.

19. ב-15 בינואר 2004 הגישה מדינת ישראל בקשה לבית הדין לפסול את השופט המצרי (נביל אל ערבי) מלשבת בדיון, בשל התבטאויותיו בנושאים שעומדים לדיון במסגרת תפקידו כיועץ משפטי למשרד החוץ המצרי ולמשלחת המצרית לשיחות השלום עם ישראל בקמפ דיוד. במיוחד טענה ישראל כי השופט אל ערבי, במסגרת תפקידו כשגריר מצרים לאו"ם, היה בין יוזמי עצרת החירום בה נתקבלה ההחלטה להפנות את שאלת הגדר ל-ICJ, וכי בריאיון שנתן באוגוסט 2001 הביע דעות נחרצות נגד ישראל. ב-30 בינואר דחה בית הדין את הבקשה ברוב של 13:1 בנימוק כי לא ניתן לראות בשופט אל ערבי כמי ש"מילא תפקיד או נטל חלק בתיק". השופט האמריקאי בורגנטל סבר, בעמדת מיעוט, כי יש לפסול את השופט אל ערבי מלשבת בדיון, על רקע התבטאויותיו בריאיון שנתן חודשיים לפני מינויו לשופט, וכי יש לפרש את הסעיף הרלוונטי בצורה רחבה, ולא בצורה דוקנית, כפי שעשה הרוב.

20. ב-19 בינואר הגיש מזכ"ל האו"ם לבית הדין תיק מסמכים מפורט הכולל 88 מסמכים שונים ביניהם החלטות מועצת הביטחון והעצרת, פרוטוקולים של ישיבות, אמנות בינלאומיות, דוחות שונים ביחס לגדר ועוד. מסמכים אלה לא כללו אף אזכור של הטרור הפלסטיני. תיק מסמכים זה אמור היה לשרת את השופטים לקראת מתן ההחלטה.

21. ב-30 בינואר הגישו כל המעוניינים בכך את עמדותיהם לבית הדין. בסך הכל הוגשו לבית הדין טיעונים בכתב מטעם 44 מדינות, האיחוד האירופי, שני ארגונים בינלאומיים (הליגה הערבית וארגון המדינות המוסלמיות) וכן "פלסטיין". טיעונים אלה כללו למעלה מ-1500 עמודים, כאשר הפלסטינאים לבדם הגישו לבית הדין טיעון בכתב בהיקף של למעלה מ-500 עמודים (כולל נספחים). כ-20 מתוך הטיעונים בכתב כללו עמדה כי לא ראוי שבית הדין יתערב בסוגיה. עמדות אלה בוטאו על ידי ארה"ב, אוסטרליה, קנדה, אנגליה, קמרון, פלאו, מיקרונזיה, איי מרשל, איטליה, גרמניה, רוסיה, בלגיה, הולנד, צ'כיה, ספרד, צרפת, יפן, מלטה, נורבגיה, יוון.

22. האיחוד האירופי (בצירוף קפריסין, צ'כיה, אסטוניה, הונגריה, ליטא, מלטה, פולין, סלובקיה, וסלובניה) הביע עמדה דומה נגד התערבות בית הדין, אך ציין כי לגישת האיחוד, הגדר אינה חוקית. עמדת

³ ארגון מדינות ערב, אשר הוקם בשנות ה-40 ומטרתו להוות מסגרת אזורית לפעילות מאוחדת של מדינות ערב לקידום האינטרסים המשותפים שלהן. חברות בו כיום 22 מדינות והארגון הוא בעל מעמד של משקיף באו"ם.
⁴ ארגון בו חברות 57 מדינות ושני ארגונים בינלאומיים, אשר הוקם בשנת 1969, במטרה "להגן על הכבוד והאמונה המוסלמית" בתגובה לפעולות ישראל בירושלים. חברות בו 57 מדינות מוסלמיות וכן חברים בו כמשקיפים מספר ארגונים בינלאומיים ומדינות נוספות. לארגון יש קשרים רשמיים עם האו"ם וכן יש לו נציגויות בג'נבה ובווינה.

האיחוד הייתה קצרה וכללה את ההצהרה שהושמעה בעצרת בעת ההצבעה על ההחלטה לפנות לבית הדין:

- האיחוד מודאג מפעולות ישראל בבניית הגדר, ומצטער על כך שישראל לא יישמה את החלטת העצרת בנוגע לגדר.
 - האיחוד סבור שפניה לבית הדין תפגע במאמצים של הצדדים לחדש את הדיאלוג הפוליטי.
 - האיחוד האירופי מחויב למפת הדרכים ומקווה שהצדדים יחדשו את הדיאלוג במסגרתה.
 - האיחוד מביע תמיכה ביוזמות של החברה האזרחית כמו יוזמת ג'נבה.
 - האיחוד מגנה את הטרור וחוזר על כך כי אין כל הצדקה לטרור. האיחוד מזכיר למנהיגות הפלסטינית את מחויבותה להפסיק את האלימות.
 - האיחוד מכיר בזכותה של ישראל להגן על אזרחיה מהתקפות טרור, אולם דורש כי ישראל תימנע מהפרות של המשפט הבינלאומי כמו הריסות בתים וחסולים, וקורא לה לפרק התנחלויות שהוקמו אחרי מרץ 2001.
23. **בין ה-23 וה-25 בפברואר התקיים הדיון בע"פ בפני בית הדין.** בדיון השתתפו 12 מדינות, 2 ארגונים בינלאומיים ו"פלסטין". סדר הדוברים היה: "פלסטין", דרום אפריקה, אלג'יר, ערב הסעודית, בנגלדש, בליז, קובה, אינדונזיה, ירדן, מדגסקר, מלזיה, סנגל, סודן, הליגה הערבית וארגון הוועידה האסלאמית. בין המדינות שהופיעו היו גם מספר מדינות אשר לא הגישו מסמכים כתובים (כמו בליז ובנגלדש). כל המשתתפות הביעו עמדה נגד חוקיות הגדר.
24. **במשלחת הפלסטינאית לבית-הדין השתתפו 19 נציגים, ביניהם נאסר אל קידווה, המשקיף הקבוע של "פלסטין" באו"ם; פרופ' ג'ורג' אבי-סאאב (Georges Abi-Saab) פרופ' למשפט בינ"ל במכון למשפט בינלאומי בג'נבה, פרופ' של כבוד למשפטים באוניברסיטת קהיר, חבר המכון למשפט בינ"ל, ושופט בביה"ד הפלילי הבינ"ל לפשעים ביגוסלביה; פרופ' ג'יימס קרופורד, פרופסור בעל שם למשפט בינלאומי באוניברסיטת קימברידג' וחבר בוועדה למשפט בינלאומי של האו"ם; פרופ' ווהן לוו (Vaughan Lowe) פרופ' למשפט בינ"ל פומבי באוניברסיטת אוקספורד, שייעץ לממשלות ותאגידים בענייני משפט בינ"ל וחבר ספרים ומאמרים רבים בנושא ופרופ' ז'אן סמו (Jean Salmon) – פרופ' אמריטוס למשפט בינ"ל באוניברסיטת בריסל, חבר במכון למשפט בינ"ל. גם מדינות אחרות (ובניהן ירדן) נעזרו בפרופסורים ידועים למשפט בינלאומי.**
25. הפלסטינים הציגו את עמדתם במשך שלוש שעות, ושילבו מצגות שונות על הגדר. המשלחות האחרות הציגו את עמדתן במשך שעה עד שעתיים כל אחת.
26. **ב-24 ביוני הודיע בית הדין כי החלטתו תימסר ב-9 ביולי 2004.**

III. חלק מהסוגיות שנשקלו ע"י ממשלת ישראל במהלך העבודה על התיק

האם להגיש חומר כתוב לבית-הדין?

27. השאלה המקדמית שנדונה הייתה האם יש בכלל מקום להשתתף בהליך ולהגיש חומר כתוב לבית הדין. לאחר מספר דיונים, הוחלט להגיש חומר כתוב, שכן קיים סיכוי מסוים שתהיה לכך השפעה על בית הדין, וכן שהדבר יעודד מדינות ידידותיות לישראל להגיש עמדות תומכות.

איזה סוג טיעונים יש להעלות?

28. נדונה השאלה באם להעלות טיעונים רק לעניין הסמכות – כלומר לעצם השאלה האם בית-הדין מוסמך לדון בשאלה והאם ראוי שידון בשאלה, או שמא גם טיעונים לגופו של עניין לגבי חוקיות פעולותיה של ישראל – דהינו למהות.

29. בדיון שנערך בתאריך 24.12.2003 בישיבה במשרד ראש-הממשלה נתקבלה החלטה להמליץ לדרג המדיני כי בהליך בכתב מדינת ישראל תעלה טיעונים משפטיים רק לעניין הסמכות של בית הדין, אולם במסגרת טיעונים אלה ישולב ההקשר, קרי, הצידוק לבניית הגדר. נקבע כי יש להציג בפני בית הדין את הסוגיה כסוגיה של חופש הבחירה של מדינה באמצעים להגנה על ביטחון המדינה ועל אזרחיה מפני טרור, ובמיוחד על הזכות לחיים. הוצע להציג את תוצאות הטרור במלוא חומרן, וכן גם את העובדה כי הפלסטינאים אינם נלחמים בטרור והאוכלוסייה האזרחית מתחנכת לטרור מגיל צעיר. כמו כן הגדר תוצג כאמצעי זמני, אשר הוכיח את האפקטיביות שלו בשמירת החיים של שתי האוכלוסיות. מטרת אסטרטגיה זו היא להרתיע את בית הדין מדיון בסוגיה כה סבוכה ומהיענות לבקשה של מי שמייצג בפועל ארגוני טרור.

האם להשתתף בדיון בע"פ?

30. השאלה שעוררה מחלוקת רבה ביותר בקרב הצוות הייתה באם להשתתף בדיון בע"פ. מחד, השתתפות בהליך הייתה עשויה להקשות עלינו בהמשך לטעון כנגד הלגיטימיות שלו. כמו-כן, נציגי "פלסטיין" השתתפו בהליך במעמד שווה לזה של מדינות. מאידך, נטען כי על ישראל להציג את טיעוניה ולא להשאיר את הבמה רק לפלסטינים, וכי יש חשיבות להשתתפות בכדי להשפיע על ניסוח ההחלטה, שבודאי תתפרסם ותיזכר לדיראון עולם. כן נטען כי שופטי בית-הדין לא יראו בעין יפה "החרמת" התהליך ע"י ישראל. בסופו של דבר הוחלט ע"י הדרג המדיני שלא להשתתף בדיון.

האם לבקש מינוי שופט אד-הוק?

31. לפי הכללים של בית הדין, כאשר מובא לדיון נושא הנוגע לסכסוך בין שני צדדים, הם רשאים לבקש כי ימונה שופט אד-הוק מטעמם. אמנם הכללים מדברים בלשון של "סכסוך בין מדינות", אך הערכנו כי יש סיכוי שאם ננסה למנות שופט, גם הפלסטינים יציעו מועמד משלהם. רוב הצוות היה בדעה שלא כדאי לבקש מינוי שופט ישראלי – מתוך מחשבה כי הוא לא יוכל להשפיע באופן משמעותי כנראה על התהליך – ומנגד עשוי להראות כנותן תעודת הכשר להליך. מיעוט הצוות חשב כי יש חשיבות כי יהיה שופט ישראלי בתוך הדיונים והשיחות בין השופטים, כאשר הוא יוכל להוות גורם

מקצועי המשפיע על ההחלטה ומאזן את הדברים. הייתה גם חשיבות בהקשר זה לשאלה אם יוכל להשפיע כך שיכתבו כמה דעות מיעוט בתיק. הוחלט שלא לבקש מינוי שופט אד-הוק.

האם לבקש את פסילת השופט המצרי (אל ערבי)?

32. השופט המצרי היה מועמד מתבקש לפסילה לאור הרקע שלו והתבטאויותיו החריפות נגד ישראל בעבר. מאידך, בקשת פסילה יכולה להגביר את האנטגוניזם נגד ישראל בבית הדין. הוחלט לבקש את פסילתו – אולם בצורה "מינורית" מתוך תקווה שלא יפסל וזה יאפשר אחר כך תקיפה של חוות הדעת גם בהקשר זה. כאמור לעיל, בקשת פסילה הוגשה ב-15 בינואר ונדחתה ע"י בית הדין ב-30 בינואר ברוב של 13:1.

IV. הטיעונים שמדינת ישראל העלתה בכתב בפני בית הדין

33. ישראל הגישה מסמך ובו 133 עמודים לבית הדין. טיעוני ישראל, בתמצית האומר, היו כדלקמן:

א. הבקשה שבפני בית הדין הועברה אליו תוך חריגה מסמכות של עצרת החירום העשירית ו/או סמכות העצרת הכללית – ולכן אין על בית הדין לדון בה.

ב. הבקשה אינה מעוררת שאלה משפטיות כפי שנדרש לצורך מתן חוות דעת מייעצת, בהתאם לסעיף 96(1) של מגילת האו"ם וסעיף 65(1) של חוקת בית הדין. כן הפניה לבית הדין אינה ברורה – וכוללת שאלה עליה לא ניתן לענות באופן ברור.

ג. לבית הדין סמכות לסרב לדון בבקשה מכוח עקרונות הנוגעים לנאותות הדיון (propriety) ושיקול דעת. במקרה זה על בית הדין להפעיל שיקול דעת זה ולקבוע כי אין מדובר בתיק שראוי שישמע בפניו.

ד. הבקשה אינה בקשה שראוי להביאה במסגרת הליך של "חוות דעת מייעצת", אלא הינה במהותה ניסיון להביא לדיון במסגרת הליך של "סכסוך שהינו תלוי ועומד" (contentious matter). בהליך של סכסוך שהינו תלוי ועומד, נדרשת הסכמת המדינות להביא הסכסוך בפני בית הדין. הסכמה כזו של ישראל מעולם לא ניתנה.

ה. מתן תשובה לשאלה אשר בית הדין התבקש להתייחס אליה יחייב את בית הדין לשער השערות לגבי עובדות מהותיות הקשורות לנושא ולהניח הנחות לגבי טיעונים משפטיים. לא ניתן לעשות כן בהליך של חוות דעת מייעצת.

ו. סיבות אחרות בשלן, בהפעלת שיקול דעתו, ראוי כי בית-הדין ידחה את הבקשה למתן חוות דעת, ובמיוחד הטיעון כי כל החלטה שיקבל בית הדין תפגע בצורה קשה בתהליך המו"מ בין הצדדים שנקבע ב"מפת הדרכים".

מצ"ב כנספח, ביתר הרחבה, תמצית הטענות שהועלו ע"י מדינת ישראל.

V. טיעוני הפלסטינים ואחרים בפני בית הדין

34. בתמצית האומר, הפלסטינים ואחרים טענו כי בית הדין מוסמך לדון בשאלה שהובאה בפניו, על בסיס הטיעונים הבאים: ההחלטה לבקש את חוות הדעת אומצה על ידי גוף המוסמך לתיתה; ההחלטה אומצה כדין מבחינה פרוצדורלית; ההחלטה של העצרת הכללית ניתנה בסמכות וכן בית הדין מתבקש לתת חוות דעת אודות שאלה משפטית. השאלה אינה אבסטרקטית ואין צורך בספקולציות שכן העובדות העיקריות אינן במחלוקת.

35. לגופו של עניין טענו כי הפלסטינים כי הגדר אינה חוקית משום שהיא מהווה סיפוח לא חוקי של שטח כבוש, משום שבנייתה נעשתה תוך הפרה של המשפט ההומניטרי (הפקעות של רכוש פרטי, פגיעה בחופש התנועה וכו') ודיני זכויות האדם (הפרות של הזכות למזון, הזכות לחיי משפחה, הזכות לחינוך, הזכות להגדרה עצמית וכו').

36. עמדת הפלסטינים כללה תיאור נרחב של הרקע ההיסטורי, מהצהרת בלפור ועד היום, כולל כיבוש השטח ב-1967, תיאור ההתנחלויות ופעולות אחרות של ישראל בשטחים החל מ-1967 וטענות נגד חוקיות פעולות אלו.

VI הסעדים העיקריים שנתבקשו מבית הדין

37. בית הדין נתבקש לקבוע כי לבניית הגדר ע"י ישראל יש מספר השלכות, כדלקמן:

- א. ישראל מפירה את המשפט ההומניטרי ומשפט זכויות האדם הבינ"ל ולכן בניית הגדר תיחשב הפרה של המשפט הבינלאומי המצמיחה אחריות מדינה.
- ב. לפי הכללים לאחריות מדינה, ישראל צריכה להפסיק את ההפרה, לתקן את המצב ולשלם פיצויים על ההפרה, קרי: על ישראל להפסיק את בניית הגדר, להרוס את הגדר שנבנתה, להשיב את האדמות שהופקעו לפלסטינים ולפצות את אלו שניזוקו.
- ג. באשר למדינות אחרות, להן יש חובה לשתף פעולה במאמצים לשים קץ להפרות של ישראל; חובה לא להכיר במצב הלא חוקי; וחובה לא לסייע למדינה המפרה.

VII מתן חוות הדעת על ידי בית הדין:

38. חוות הדעת תינתן ביום שישי, 9 ביולי 2004 בשעה 15:00 שעות הולנד (16:00 שעות ישראל), וזאת ארבעה חודשים לאחר תום הדיונים בעל פה בתיק. הקראת ההחלטה תשודר באינטרנט בשידור חי באתר של בית הדין (www.icj-cij.org). מיד עם סיום הקראת ההחלטה, ההחלטה תהיה זמינה באתר האינטרנט של בית הדין.

VIII. השלכות אפשריות של חוות הדעת:

39. לפי ההערכה של המומחים השונים בתחום, רוב הסיכויים הם כי חוות הדעת תהיה שלילית מבחינת ישראל, כלומר תקבע כי בניית הגדר מפירה את המשפט הבינלאומי ותמנה שורה של השלכות משפטיות. שאלה חשובה לקראת התמודדות עם ההחלטה הצפויה היא מהן התוצאות האפשריות של החלטה עוינת לישראל, ואי יישום מסקנות ההחלטה על ידי ישראל. חוות הדעת עשויה לגעת, בין היתר, בשאלות הבאות:

- מעמד הקו הירוק (האם מהווה גבול בינלאומי);
- מעמד השטחים (האם נחשבים "שטח כבוש");
- תחולת אמנת ג'נבה הרביעית בשטחים והשלכות של הפרתה (כולל "הפרות חמורות", קרי, פשעי מלחמה);
- תחולת אמנות זכויות אדם בשטחים, והשלכות של הפרתן;
- חוקיות ההתנחלויות בשטחים וחוקיות ההגנה עליהן;
- חוקיות תוואי הגדר הספציפי.

40. תרחיש סביר (להערכתו של דניאל בית לחם) הוא שההחלטה תשפיע על הפעילויות של ישראל באו"ם ותגביל השתתפות ישראל באו"ם. כן עשויה להיות פעילות או"מית נוספת נגד ישראל (סנקציות וכד'). יש סבירות גבוהה כי יהיה ניסיון להביא את ההחלטה לאישור מועה"ב, ובמידה ודבר זה לא יצלח, לכנס שוב את הדיון בעצרת (אולי שוב במסגרת ה Uniting for Peace) לצורך אישור ההחלטה שם וניסיון להביא ליישום ההמלצות שבה. תוצאה אפשרית אחת שהועלתה על ידי גורמים שונים היא שהפלסטינים ואחרים שתומכים בהם יבקשו להשתמש בהחלטה, בין היתר כתואנה לסילוק ישראל מהאו"ם לפי סעיף 6 למגילת האו"ם.

41. הקביעה שמדינת ישראל מפירה את המשפט הבינלאומי עשויה להוביל להליכים פליליים נגד המעורבים בהחלטה על הבנייה וביצועה. כך למשל אם ייקבע כי רכישת הקרקעות לצורך הבניה מהווה הפרה של אמנות ג'נבה, זה יוכל להוביל להליכים פליליים בבתי משפט מדינתיים בעולם (כפי שראינו בבליה, באנגליה, בדרום אפריקה ובמקומות אחרים). למעשה, סעיף 146 לאמנת ג'נבה הרביעית מטיל על מדינות חובה לחקור ולהעמיד לדין על הפרות חמורות של האמנה. לדעת דניאל בית לחם, מעגל האנשים שיושפעו מכך עשוי להיות רחב.

42. החלטה שלילית עלולה גם ליצור בעיות לגבי סחר בינלאומי עם ישראל.

43. יש להניח כי יהיו גם ניסיונות להביא תביעות אזרחיות נזיקיות בפורומים בינלאומיים, ויש סיכוי כי החלטות שליליות של בית הדין לגבי הפרות זכויות אדם יובילו פוטנציאלית לתביעות כספיות בפורומים אחרים.

44. השלכות לגבי המשך תהליך השלום, במיוחד אם בית הדין יבחר להתבטא בקשר ל"מפת הדרכים", מעמד הקו הירוק, מעמד ההתנחלויות, וכד'.

45. עידוד הגשת תביעות נוספות נגד או בעניין ישראל בפורום זה ואחרים.